

# O CONTROLE DA DEMOCRACIA SUBSTANCIAL

*Feliciano de Carvalho*

*THE CONTROL OF SUBSTANCIAL  
DEMOCRACY*



# O CONTROLE DA DEMOCRACIA SUBSTANCIAL

*THE CONTROL OF SUBSTANCIAL DEMOCRACY*

*Feliciano de Carvalho*

*(Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito Empresarial. Defensor Público Federal).*

## RESUMO

O artigo terá por objeto demonstrar que a democracia tem elementos substanciais correspondentes às disposições constitucionais que preveem enunciados normativos promotores do regime democrático. A simples adoção da regra da maioria, apesar de ser um critério válido, não é suficiente, pois poderá ser indevidamente utilizado em prejuízo da própria democracia. Assim, nem tudo estará apto de ser deliberado pela maioria. A pesquisa é bibliográfica com finalidade aplicada e pura dos resultados. Ao final, é defendido que cabe ao Poder Judiciário pelo controle de constitucionalidade democrático resguardar a democracia prevista na constituição, com a possibilidade constante de mutação dos elementos materiais da democracia que devem ser agregados desde que seja para ampliar o regime democrático em favor da sociedade vista no aspecto da consagração de direitos universais.

**Palavras-chave:** Democracia. Substância. Controle.

## ABSTRACT

The article object will demonstrate that democracy has substantial elements corresponding to the constitutional provisions that provide law rules promoters of democracy. The simple adoption of majority rule, despite being a valid criterion is not sufficient, because it could be misused to the detriment of democracy itself. Thus, not all will be able to be resolved by the majority. The bibliographic research aims applied and pure results. At the end, it is argued that it is up to the courts by judicial review democratic safeguard

democracy envisaged in the constitution, also is possible the changing of the material elements of democracy that should be added if it is to expand the democratic regime in favor of society in view aspect of the consecration of universal rights.

**Keywords:** Democracy. Substance. Control.

Data de submissão: 10/09/2014.

Data de aceitação: 13/05/2015.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 A DEMOCRACIA COMO MÉTODO. 3 A DEMOCRACIA COMO SUBSTÂNCIA. 4 É POSSÍVEL LIMITAR A DEMOCRACIA? 4 O CONTROLE SUBSTANCIAL DA DEMOCRACIA. 5 CONCLUSÃO.

### 1. INTRODUÇÃO

É fácil utilizar o adjetivo **democrático** para qualificar as ideias que se entendam corretas, notadamente quando tais pensamentos são frutos de nossa autoria ou se adequam à corrente ideológica perfilada. Outrossim, sem maiores entraves, imputa-se de antidemocrático qualquer modo de agir ou viver que não se coaduna com aquilo que empiricamente se entende como o **correto**. Por sua vez, ao contrário das situações anteriores, árdua é a tarefa de definir o que realmente significa **democracia**.

A etimologia do termo – cunhada pelos gregos da antiguidade – de **poder do povo**, não presta para se compreender a dimensão e profundidade do que se deve entender por democracia. Sim, nestas linhas introdutórias já é possível adiantar que a democracia **deve ser** algo. Por ser um elemento fundamental para se estudar a ciência do direito, que é uma ciência ética – e por isso prescritiva – por excelência, a qualidade do que é democrático, assim como a qualidade do que é jurídico não foi descoberto pela humanidade em uma mina no subsolo ou no cume de uma alta montanha. Como efeito, as ciências humanas não estão na natureza para serem observadas; nesse sentido, a democracia não está para

ser colhida de nenhuma árvore ou mesmo garimpada como uma pedra de diamante. É fruto da lapidação do pensamento humano estando em constante evolução, sendo esta constatação eminentemente extraída da experiência e da cultura, eis que a humanidade está em ininterrupto progresso, da mesma forma as suas criações intelectuais.

A democracia, por outro lado, não deve significar simploriamente a vontade da maioria, pois isso seria reduzi-la a apenas um método. Diante de tal quadro, o artigo irá abordar sobre o significado da qualidade **democrática** como método e substância, ou se ainda se preferir outra classificação, como forma e como matéria. Após este confronto, será objeto de debate as pretensões de limitar e controlar a democracia, notadamente se tal desiderato é factível.

A metodologia de abordagem da temática proposta é bibliográfica com dimensão pura e aplicada quanto ao resultado, no intuito de promover a reflexão sobre característica tão cara à ciência política atual e à teoria do estado. O que denota evidente importância para a ciência jurídica, porquanto o ordenamento sempre irá refletir aquilo que movimenta o aparelho estatal que, na hipótese, poderá ter um viés democrático ou não.

Pretende-se enfrentar a tarefa apontada como árdua no primeiro parágrafo desta introdução, qual seja, definir o que é **democracia**. A importância de tal finalidade decorre da necessidade de se evitar a banalização do termo, conforme já adiantado, porquanto só assim é possível defender a democracia e separar os Estados e as ordens jurídicas que assim podem se adjetivar.

## 2. A DEMOCRACIA COMO MÉTODO

A democracia não é simplesmente um método, pois tal concepção amesquinhará de modo danoso a teoria da democracia. Não se pode dizer que tudo que obedece a certa forma poderá ser qualificado como **democrático**, independente do que represente ou promova. Entretanto, não se pode olvidar que cientificamente é preciso de um *modus operandi* pré-definido para se testar qualquer estudo científico. As teorias não são aleatórias, pois se assim fossem poderiam chegar a resultados sempre variados, posto que tenham o mesmo propósito.

Por se tratar de uma ciência humana, já se pontua que a democracia, como elemento estruturante da formação social e por consequência jurígena, é fruto do incessante diálogo das pessoas que a todo instante renovam as sociedades e as suas filosofias. Trata-se da concepção dialética do direito que a tudo se aplica à democracia, pois esta é inserta naquele. Na observação de Marques Neto:<sup>1</sup>

A dialética estuda o Direito dentro do processo histórico em que ele surge e se transforma, e não a partir de concepções metafísicas formuladas *a priori*. Assim, o que lhe interessa é um direito real, concreto, histórico, visceralmente comprometido com as condições efetivas de espaço-tempo social, que constituem a medida por excelência de sua eficácia; e não um direito estático, conservador, reacionário, voltado para o passado, óbice ao invés de propulsor do desenvolvimento social, que prefira enclausurar-se em seus próprios dogmas a abrir-se a uma crítica fecunda que o renove e lhe dê vida.

As ciências humanas estão em constante mutação. Assim, a democracia do século XXI é distinta daquela do século IV a.C., como difere da idade média e da moderna, mas tal não quer dizer que se possa num mesmo momento temporal defender a existência de várias democracias para cada gosto, para cada ideologia estatal ou algo do gênero. Petrificar a ideia **democrata**, impedindo-a do aprimoramento, é o mesmo que privar a humanidade de incrementar o seu bem-estar, o que é evidentemente absurdo, haja vista que se dogmatizaria uma criação humana pretérita (a ideia de democracia), vinculando-se as gerações futuras que, certamente, podem pensar e filosofar mais ou tão bem quanto seus antecessores. Nesse instante, defende-se que a democracia pode e deve se modificar, a questão que será abordada mais ao final consiste em responder se ela pode se modificar para qualquer coisa.

A democracia vista como método encontrou os seus primeiros registros históricos em Atenas, Cidade-Estado grega, séculos antes da era cristã. Naquele momento, essa forma de organização social se caracterizava por simplesmente representar o interesse da maioria. Tratava-se de um cálculo matemático dos mais simples, pois a manifestação de Poder de Atenas decorria não da vontade de um líder ou estamento, mas da numérica maioria dos cidadãos atenienses, especificamente os homens que efetivamente podiam ostentar a estirpe cidadã na referida cidade grega.

No quadro ateniense da antiguidade, o Estado era governado literalmente por quem era considerado **povo** – não se pode olvidar as restrições em relação às mulheres e aos

---

<sup>1</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**, 2001, p. 131-132.

estrangeiros, inclusive por descendência distante – de modo direto. Nesse sentido, salientando a exclusão na democracia ateniense, escreve Goyard-Fabre:<sup>2</sup>

Ademais, a democracia de que Atenas forneceu a primeira forma ao Ocidente não significava que “todos” governam, mas que “todos os cidadãos” participam do governo. A amplitude da democracia era portanto limitada, pois o povo (*demos*) saudado como soberano não se confundia com toda a população (*plêthos*) da Cidade-Estado: só eram elevados em consideração os “cidadãos”, o que excluía não só os escravos, que excediam em número os homens livres, mas também as mulheres, consideradas inferiores, e os metecos, que eram estrangeiros domiciliados em Atenas. (Destaques originais)

Na democracia de Atenas, os governantes e os governados praticamente se confundiam. Anota Held (1987, p. 17):

As distinções peculiarmente modernas que começaram a emergir com Niccolò Machiavelli (1469-1527) e Thomas Hobbes (1588-1679) entre Estado e sociedade, servidores públicos especializados e cidadãos, o “povo” e o governo, não são parte da filosofia política da cidade-estado ateniense. Pois esta cidade-estado celebrava a noção de um corpo de cidadãos ativos, envolvidos no processo de auto-governo; os governadores deveriam ser os governados. Todos os cidadãos se reuniam para debater, decidir e promulgar a lei. O princípio do governo era o princípio de uma forma de vida: a *participação direta*. (Aspas e itálico original)

Como se observa, vigeu na antiguidade uma forma de organização social que valorizava tanto a importância de cada cidadão, que entregou aos mesmos a sorte do próprio Estado, característica que não está presente em uma pluralidade de países do século XXI depois de Cristo. Os países da atualidade que mais se assemelham à concepção democrática ateniense são governados por uma representação indireta da vontade popular que elege os governantes e legisladores, sem prejuízo de pontuais e pouco utilizados processos de participação direta, como o plebiscito, referendo, iniciativa popular de lei e julgamento pelo júri popular, exemplos extraídos da Constituição Federal brasileira de 1988 no Art. 14 e Art. 5º, XXXVIII, respectivamente.

A democracia de Atenas representou o rascunho do que hoje se entende como o mais adequado sistema de organização do Estado. Tal como ocorria na referida cidade-estado

---

<sup>2</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. Tradução de Claudia Berliner, 2003, p. 20.

grega, muitas decisões de somenos importância, como o local no qual uma família passará as férias, ou o restaurante escolhido para se comemorar um grande evento, são escolhidos pelo método democrático por seus interessados e assim basta contar a vontade da maioria.

Também não é diferente o modo como se promulgam as leis no Brasil, a título de exemplo, bem como nos outros países que se intitulam democráticos. A lei é aprovada ou não conforme a posição da maioria dos legisladores, com possibilidade de quórum de aprovação qualificado para certas matérias conforme os textos constitucionais respectivos. É de se observar que o estabelecimento de determinado quórum qualificado para a aprovação de certos atos normativos, demonstra que a democracia não se contenta com a simples maioria. De fato, em muitos casos, ainda que a maioria seja favorável à promulgação de determinada norma de aprovação por quórum qualificado, se este parâmetro não estiver presente não se ensejará a aprovação, posto que seja por esta a posição da maioria dos presentes. Da mesma forma ocorre com certas decisões de órgãos jurisdicionais colegiados. A título de exemplo, o quórum de aprovação de 3/5 dos membros de cada casa legislativa federal para se aprovar uma emenda à Constituição Federal brasileira de 1988; e a necessidade de maioria absoluta dos votos dos membros do plenário ou do órgão especial para se declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo ou lei por um tribunal, conforme o Art. 60 e Art. 97 também da Constituição Federal brasileira de 1988.

Como método, a democracia ateniense e que atualmente hoje é replicada significa simplesmente a vontade da maioria. Este, por sinal, é o cerne da questão deste trabalho: para ser democrático, é preciso se curvar à maioria? Esta indagação foi filosofada na Grécia antiga mesmo, tendo Platão, e depois Aristóteles, atacado o método democrático de governo. De acordo com Goyard-Fabre:<sup>3</sup> “Platão, depois Aristóteles, criticaram-na severamente denunciando a cegueira do povo no tocante aos assuntos públicos e a tendência anárquica de um regime em que, como todos têm a pretensão de comandar, ninguém obedece”.

O rancor dos filósofos da Academia e de Perípatos, respectivamente, em relação ao regime de governo ateniense não decorre somente do fato do notável precursor da filosofia grega, Mestre de Platão, Sócrates, ter sido **democraticamente** condenado à morte.<sup>4</sup> Com efeito,

---

<sup>3</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. Tradução de Cláudia Berliner, 2003, p. 11.

<sup>4</sup> FINLEY, Moses I. **Democracia antiga e moderna**. Tradução de Waldéa Barcellos e Sandra Bedran, 1988, p. 146.

racionalmente, não se pode olvidar que a turba pode cometer erros e, mais que isso, muitos vezes não age com a razão, mas pelo calor de um momento, ou sem conhecimento técnico sobre assunto que deva decidir.

Platão proporia não o governo do povo, mas sim o governo dos mais sábios, consoante relata Goyard-Fabre:<sup>5</sup>

É verdade que Platão sempre disse que nenhuma Cidade-Estado terrestre pode e nunca poderá ser identificada à República perfeita. Mas admite que aquela que mais se aproximar da Constituição ideal será a melhor que os homens poderão alcançar: na Callipolis, ela será o governo dos mais sábios – o dos filósofos-reis, em que poder e sabedoria compõem uma unidade – que, às vezes, Platão chama de *aristokratya*. (Itálico original)

Todavia, não se pode olvidar que a crítica filosófica ao regime democrático parte de uma premissa que de fato a autoriza. Realmente, parte da ideia de que a democracia se caracteriza apenas pela adoção de um método nas tomadas de decisão que dizem respeito ao Estado. Não cabe discutir neste artigo se uma democracia exclusivamente metódica é preferível a uma aristocracia de sábios, porquanto o trabalho parte de uma premissa diversa, qual seja, a de que o regime democrático não se resume somente ao modo de se tomar decisões aplicando-se a regra da maioria. A base do estudo não concebe que **democrático** seja a regra da maioria. De fato, entende que esta se trata de um elemento, mas que devem ser conjugados com outros elementos essenciais. A crítica de Platão também aqui seria repetida se fosse para conceber a democracia como um mero procedimento de se aferir a legitimidade de uma decisão política que não considerasse o conteúdo de tal decisão. Mas qual é a substância da democracia?

### 3. A DEMOCRACIA COMO SUBSTÂNCIA

A democracia como método pressupõe a soma simples da vontade da maioria, e é exatamente esta a crítica que se faz, porquanto muitas vezes a vontade de maior representatividade

---

<sup>5</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. Tradução de Claudia Berliner, 2003, p. 29-30.

pode significar o retrocesso, a sufocação da minoria e perseguições bem engendradas pelo ardid de manipuladores. Sem dúvida, caso a **democracia** significasse apenas isso, tal forma de gestão do poder seria evidentemente perigosa e merecedora de severas críticas.

Dessa forma, a premissa científica da argumentação ora proposta consiste em considerar válido o modo de operar pela apuração do maior número de aceitantes para a definição de democracia, todavia, a gestão democrática irá pressupor uma profundidade de análise, eis que ainda que ocorra quase a unanimidade em uma determinada posição no corpo social, nem por isso estará presente a democracia, eis que ela não é somente método, mas também substância.

O primeiro passo da presente empreitada consiste em determinar que a democracia, como parte integrante do direito, mostra o que **é**, após a análise daquilo que ela **deve ser**. Com efeito, pela concepção apenas positiva do direito, **este é** a norma ou o conjunto de normas jurídicas; sucede que as normas não passam de um mero efeito, sendo a essência do direito – a sua causa e aquilo que inspira a criação formal da norma – o que ele **deve ser**. Assim são as ciências éticas, sendo a ciência jurídica destacada por decorrer da vontade da organização social e por autorizar a possibilidade sancionatória na hipótese de não ser observada espontaneamente.<sup>6</sup>

Nesse sentido, a democracia não se resume a descrever um método de tomada de decisão, mas também deve prescrever certas diretrizes sobre o conteúdo do que pode ser decidido. Dessa forma, ainda que presente uma maioria numa determinada escolha, tal não seria suficiente para caracterizá-la como democrática, sendo imprescindível aferir se o conteúdo escolhido por esta maioria se adequa aos diretivos democráticos. Noutras palavras, a democracia tem aspectos descritivos e prescritivos, como escreve Sartori:<sup>7</sup>

As democracias também são, num certo sentido, sociedades políticas dirigidas a uma finalidade – mas sem uma vanguarda; as metas são estabelecidas através do processo democrático, de acordo com procedimentos democráticos e na medida em que a democracia avança. Conclui-se disso que a democracia está exposta de maneira muito singular a uma tensão *fato-valor*, em torno da qual gira. Assim sendo, pode-se dizer que só a democracia deve a própria existência a seus ideais. E é por isso que precisamos da palavra democracia. Apesar de sua imprecisão descritiva, ajuda-nos a manter sempre diante de nós

---

<sup>6</sup> TELLES JR. Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**, 2002, p.43.

<sup>7</sup> SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada: o debate contemporâneo**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo, 1994, p.24. v. I.

o ideal – o que a democracia *deve ser*. O termo democracia não tem, portanto, apenas uma função descritiva ou denotativa, mas também uma função normativa e persuasiva. (Itálico original)

A questão que a ciência jurídica tem que responder diz respeito a definir quais são as ditas diretrizes democráticas, de sorte que se possa aferir se algo é substancialmente democrático ou não. Como já foi observado, qual seria esse ideal? Desde logo, é necessário reconhecer que a substância da democracia vive e evolui conforme a própria humanidade. Assim, trata-se de elemento mutável, mas nem por isso se deve imaginar que sobre o tema vige uma insegurança jurídica, porquanto as conquistas que atendem à sociedade demonstram que tudo que pretenda diminuí-las ou promover-lhes a regressão será antidemocrático e tudo que busque promovê-las ou incrementá-las será qualificado como democrático.

Assim, as **conquistas sociais** são o termômetro da aceção substancial da democracia e por suas características evidenciam a mutabilidade progressiva desse ideal. De fato, em face da antidemocracia de um regime absolutista, a possibilidade do rico burguês oriundo da plebe participar das decisões políticas se mostrou um avanço democrático; da mesma forma se evidencia o progresso com a queda dos regimes censitários e capacitários de participação para a universalização e a inclusão das mulheres. Isto apenas para destacar a conquista social da participação política. O mesmo raciocínio deverá ser aplicado em relação às conquistas sociais no que diz respeito aos direitos fundamentais que progrediram em suas gerações, devendo cada avanço ser caracterizado como uma importante consagração democrática.

Na argumentação inversa, tudo que represente a supressão de direitos conquistados, truculência governamental, omissões sobre direitos básicos como à educação e à saúde, ou que simplesmente coloque o ser-humano em segundo plano, como um mero objeto do Estado, deverá ser taxado como antidemocrático e todos os que promoverem tais desideratos devem ser assim considerados.

A democracia é, por assim dizer, notadamente a formação do seu aspecto substancial, fruto do processo histórico da humanidade. Nesse sentido, anota Braghirolli:<sup>8</sup>

Conceitualmente, a democracia pode ser definida como sendo um

---

<sup>8</sup> BRAGHIROLLI, Fernanda. Justiça constitucional: a forma garantidora do estado democrático de direito e sua necessária intervenção na busca da concretização dos direitos fundamentais. **Direito e Democracia: Revista de Ciências Jurídicas da ULBRA**, 2008, p. 111, v. 9.

aspecto histórico, considerada como um instrumento de valores caracterizados essenciais à sobrevivência humana e que traduz a idéia de um poder que repousa na vontade do povo. Sob este prisma se revela como um processo de afirmação do povo que ele mesmo vai construindo no decorrer da história, assim, estudar democracia implica inseri-la no contexto próprio à sociedade atual (MORAIS, 2005, p. 106). Na verdade, a insuficiência da democracia em realizar os direitos fundamentais até o presente momento, não retira a sua validade, pois se trata de um conceito histórico, tanto quanto os valores que ela busca assegurar. Entretanto, vale dizer, que é de grande importância para o próprio ideal democrático, que tais valores necessitam de garantias de realização dentro deste processo, sob pena da democracia não se efetivar em toda a sua plenitude.

Como já afirmado, a matéria democrática decorre de um longo processo histórico e neste trabalho é defendido que se caracteriza pelas conquistas sociais que não podem ser suprimidas sob pena de se descaracterizar a natureza democrática da sociedade. Vale dizer, ainda que a grande maioria das pessoas pretenda suprimir tais conquistas, tal postura ainda que decorra da metodologia democrática da maioria não irá merecer essa adjetivação, porquanto despida da substância inerente a tal regime político de constante proteção das conquistas sociais.

É bem verdade que alguns elementos são inerentes a qualquer forma de Estado que queira ser democrático, com possíveis variações conforme a cultura e nunca sem prejuízo do progresso de se perseguir uma sociedade cada vez mais democrática com o reconhecimento constante de direitos que atendam a todos e valorizam o ser-humano. Em relação às características básicas do Estado democrático, escrevem Lechini e Romero:<sup>9</sup>

In first place, it is worth emphasising that democracy is identified with a specific political system, which emerged in the second half of the eighteenth century. As Maira (2004, 13) sums up so well, since then democracy has been the basis of a political system founded on quite exact mechanisms and procedures, which include the rules of constitution and the function of the three powers; a catalogue of fundamental rights and guarantees for men and women of a universal nature; the periodic renewal of rulers based on free elections for a specific term and responsibilities; the existence of multiple political parties; an open opportunity for alternating and persons in power; and the strengthening of the principle of legality that establishes the same rules and bidding for the constitutionally elected authorities and the citizens who vote them into office.

---

<sup>9</sup> LECHINI, Gladys; ROMERO, Pedro. What democracy – for what development? **UNISA Latin America Report**, Pretoria/South Africa, 2008, p. 64.

É de ver, assim, que o estabelecimento de mecanismos e processos, dentre os quais se incluem o Estado constitucional; partilhar os poderes funcionais do Estado; um catálogo de direitos fundamentais; a periódica renovação de legisladores baseada em eleições livres para mandatos temporários e com a assunção de responsabilidades; a multiplicidade de partidos políticos; a abertura de oportunidade conjugada com a alternância de pessoas no Poder Estatal; tudo sob o império do princípio da legalidade, ou seja, do direito, são elementos essenciais para caracterizar um Estado democrático.

#### 4. É POSSÍVEL LIMITAR A DEMOCRACIA?

À evidência que não se pode pretender exaurir em uma lista os caracteres da democracia. Consoante já afirmado em outro lugar, a democracia está em constante progresso assim como a humanidade, sua criadora. Não se pode pretender atrofiar o progresso democrático, no entanto, não se pode olvidar que a pretensão de fomentar a democracia pode ter por reserva mental cerceá-la no interesse egoístico de determinado setor da sociedade. A potencialidade do erro faz parte de qualquer procedimento humano, o que deve ser visto como o elemento de um aprendizado bem mais solidificante. O que importa é que sejam asseguradas liberdades básicas para se proteger a democracia. Ao tratar da contínua possibilidade de errar e progredir, anota Rawls:<sup>10</sup>

Não há garantia alguma de que todos os aspectos de nossa atual maneira de viver sejam os mais racionais para nós e que não necessitem de uma revisão, maior ou menor. Por essas razões, o exercício completo e adequado da capacidade de ter uma concepção do bem é um meio a serviço do bem dessa pessoa. Assim, graças à hipótese segundo a qual a liberdade de consciência, e portanto a liberdade de cometer erros e de se enganar, faz parte das condições sociais necessárias para o desenvolvimento e exercício dessa faculdade, os parceiros têm outro motivo para adotar os princípios que garantem essa liberdade básica.

A mutabilidade democrática deve ser para o progresso, mas que pode ser manuseada para o regresso, o que exige do titular do poder, qual seja, o povo, uma constante e incansável posição de vigilância, de sorte que se evite uma indevida usurpação do poder que até é possível que se mantenha com aspectos de legitimidade por força de um referendo –

---

<sup>10</sup> RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Tradução de Irene A. Paternot, 2000, p. 172.

aceitação a posteriori – ao preço de um paternalismo de curto prazo, mas com resultados desastrosos a médio e longo prazo. Realmente, uma ditadura de um líder carismático amado por seu povo, ou seja, com ampla aceitação de governo, como ocorreu no governo de Hitler na Alemanha nazista, e como se pretende recriar com as devidas ressalvas em alguns países da América do Sul nos dias atuais, não são exemplos de democracia.

Caso se entendesse a democracia apenas como método, algo que é simplesmente a vontade da maioria, as ditaduras alcunhadas de populistas poderiam com lógica reconhecerem-se como democratas. No entanto, a democracia não se extrai de uma simples forma, mas também de um conteúdo. Não se pode dizer que há democracia onde não se alterna o poder ou onde se restringe de qualquer modo a participação política. Ainda que o Estado não deixe faltar nada para a sua população, esta não pode correr o risco de depender dos humores do seu governante. Isto não é reconhecer o povo como titular do poder, mas sim a pessoa ou grupo escolhido pelo mesmo povo; mas o poder popular, num Estado democrático, é irrenunciável. Logo, nem que a maioria queira abrir mão de sua titularidade em prol de um, não poderá fazê-lo, a não ser que a sociedade queira mesmo viver em uma ditadura e aceite todas as possíveis nefastas consequências de se abrir mão da democracia. Sobre a impossibilidade absoluta de se conjugar os termos democracia e ditadura, escreve Sartori:<sup>11</sup>

Uma ditadura é, por definição, um Estado *sem controle*; controla as pessoas que lhe estão submetidas sem ser controlado por elas. Portanto, é evidente que, no que diz respeito à ditadura, não há possibilidade de se cumprirem promessas; toda promessa é vazia *ex hypothesi*. Como uma ditadura é uma ditadura por admitir um poder arbitrário e irrestrito, sua própria natureza exclui *a limine* a possibilidade de lhe atribuir um limite temporal e hipotecar o seu desenvolvimento. Prometer uma liberdade que deve passar primeiro pelo túnel de uma ditadura é como queimar o dinheiro necessário para o pagamento a ser feito amanhã. A credibilidade de uma promessa deste tipo está bem próxima de zero. Com isso, resta-nos apenas a perplexidade, como também, e mais ainda, o desespero diante da credulidade humana.

Por outro lado, tão destrutivo quanto a tomada do poder estatal por um governo ditatorial, sendo que de modo até mais desonesto, é a depreciação da democracia pela manipulação da população por força do capital. Em outros termos, o Poder Econômico **compra** a democracia de um Estado, pois a maior parte do povo, titular do poder, não

---

<sup>11</sup> SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada: o debate contemporâneo**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo, 1994, p. 279-280, v. II.

recebeu instrução e nem prevenção, de modo que desconhece mesmo a relevância da sociedade para os desígnios do Estado. Dessa forma, a **massa popular** é conduzida por máquinas de propaganda e alienação que de maneira sub-liminar viciam o consentimento da sociedade. Assim, em vez da formação de opinião própria, à sociedade é imposta a opinião do Poder Econômico que termina por ser defendida arduamente pela turba como se fosse dela mesma a autoria. É como se a sociedade viesse a advogar a própria condenação hipnotizada pelas imposições de mercado.

Como se vê, a democracia pode ser limitada pela limitação do povo, mas para a defesa de suas conquistas sociais e evitar o regresso ou a deturpação dos valores democráticos. Realmente, como regime de governo, o regime democrático não funciona sem a constante atuação do seu titular. Não existe o impulso oficial democrático, de sorte que a sociedade deve constantemente exercer o seu poder, pois à espreita estará alguém ou um grupo com o desejo de aproveitar-se dessa inércia. Daí decorre a importância da compreensão do aspecto prescritivo da democracia, a fim de que haja a devida fiscalização dos elementos materiais do Estado democrático.

Sobre os elementos essenciais já citados noutra lugar, merece destaque a presença do catálogo de direitos fundamentais, mas especificamente dos direitos fundamentais à liberdade e à igualdade para que se possa formar a essencial e verdadeira democracia. É de se advertir que a liberdade e a igualdade devem ser materiais. Um homem com fome não é livre e nem igual como alguém que não passa necessidade; um homem que desesperado precisa de tratamento de saúde para a esposa ou para um filho não é livre e nem igual a um homem que goza de recursos financeiros para tratar da saúde dos seus entes queridos entre outros exemplos. Em tal circunstância, diante do constante risco de vício de consentimento numa sociedade materialmente desigual, os elementos substanciais da democracia prestam relevante serviço para o bem comum, pois protegem a sociedade dela mesma que, inconscientemente, pode abrir mão do seu poder para atender aos interesses de uma minoria egoística, mas que controla os demais por suas necessidades econômicas. A mesma minoria egoísta não ajuda a grande massa de pessoas a superar suas ignorâncias, mantendo-as dependentes como forma de controle. Sobre a dificuldade de se construir uma democracia nos tempos atuais, aborda Souza Neto:<sup>12</sup>

As democracias contemporâneas se caracterizariam, na realidade, pelo desinteresse generalizado pela política; pela grande influência do poder econômico sobre os processos eleitorais; pela manipulação

---

<sup>12</sup> SOUZA NETO. Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo democrático e governo das razões: estudos de direito constitucional contemporâneo**, 2011, p. 15.

da opinião pública pelos meios de comunicação; pela corrupção generalizada dos governos; pela ausência de fidelidade dos governantes aos princípios de seu partido e às propostas de campanha etc. Diversas são as vertentes do pensamento político que elaboram críticas como estas, desde realistas – que sublinham o caráter elitista da democracia contemporânea –, até marxistas, passando por liberais igualitários. No limite, a crítica de inspiração marxista irá mesmo afirmar que, quando vigente em sociedades de classes, a democracia formal acaba servindo à consolidação de uma “falsa consciência” que neutraliza os potenciais transformadores da luta de classes. Para esse ponto de vista, a democracia formal representaria um óbice ao desenvolvimento de uma democracia substancial. Essa é a linha da denúncia socialista dirigida contra a “democracia burguesa”. (Aspas originais)

Dessa forma, o Estado deve chamar para si a proteção dos valores democráticos em face da constante tentativa ilegítima de intromissão do Poder Econômico nos desígnios sociais. E a forma de proteção da democracia parte da ideia de proteção aos seus elementos substanciais. Ao tratar da importância do Estado e dos direitos à liberdade e à igualdade, leciona Albuquerque:<sup>13</sup>

Distanciamento da teoria liberal do Estado de um fundamento ético mais profundo, que dificulta a articulação de uma concepção legitimadora do Direito, mormente nas sociedades contemporâneas, marcadas pela explosão desenfreada do particularismo individualista e pela dificuldade da unificação ética e política das vontades visando à integração da sociedade. Mediação entre a dimensão normativa e fundamento ético-político da justiça que deve se objetivar no âmbito da Ciência do Direito pela valorização do Estado enquanto espaço público capaz de ordenar unitariamente a sociedade em toda miríade de vontades particulares – inerente à conformação pluralista das sociedades contemporâneas – sem perder de vista o necessário reconhecimento da supremacia dos valores democráticos da igualdade e da liberdade.

Nesses termos, a ideia de que a vontade da maioria tudo pode ao argumento de que representa o ideal democrático trata-se de raciocínio falso e que merece limitação com esteio nos elementos substanciais da democracia. Mas quem, de fato, tem autoridade para listar os elementos substanciais da democracia que de tão importantes podem limitar a vontade da em tese legítima maioria? Essa lista é fechada? Tais indagações serão tratadas no próximo e derradeiro item.

---

<sup>13</sup> ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. Teoria política da justiça como fundamento ético do estado. **Pensar: Revista de Direito da UNIFOR**, 2007, p.154.

## 5. O CONTROLE SUBSTANCIAL DA DEMOCRACIA

O sistema meramente metódico de democracia por si só já demonstra sua imprestabilidade, eis que deixa sem qualquer proteção os interesses das minorias que a depender da matéria devem ser resguardados. Não se pode conceber que a grande maioria de uma determinada religião impeça o proselitismo de outras crenças; da mesma forma, a liberdade sexual das minorias deve ser protegida contra a intolerância entre outros casos que envolvem o embate entre as maiorias e as minorias.

É necessário criar mecanismos de se resguardar a democracia em seu aspecto substancial, que indubitavelmente protege os interesses das minorias, notadamente quanto às liberdades. Ao externar a mesma preocupação no contexto norte-americano, escreve Ely:<sup>14</sup>

Alguns autores propõem que o papel da Corte na proteção das minorias consista apenas em remover as barreiras à participação delas no processo político. No entanto, vimos que (e a consciência desse fato permeia toda a Constituição) o princípio de representação que jaz no cerne do nosso sistema exige mais que o simples direito a voz e voto. Por mais aberto que seja o processo, aqueles que obtêm maior número de votos têm condições de garantir vantagens para si mesmos em detrimento dos outros, ou de recusar-se a levar em conta os interesses das outras pessoas e grupos.

Não se quer dizer que numa democracia a maioria deve se submeter a uma minoria caprichosa, mas que os direitos básicos desta não podem ser suprimidos ou dificultados pela maior representatividade. A considerar que o Poder Executivo e o Poder Legislativo tendem a agraciar aquilo que representa uma maior aceitação, evidentemente porque trará mais votos numa futura eleição, caberá ao Poder Judiciário, como órgão técnico da juridicidade democrática, exercer o controle constitucional da democracia. Deve se atentar que referido controle só é concebido quando se está diante de uma constituição permeada por valores democráticos, pois do contrário não se estará diante de um Estado que possa ser assim qualificado.

Como se vê, a técnica de preservação do controle substancial da democracia consiste no controle de constitucionalidade que é exercido pelo Poder Judiciário ou, a depender do Estado, por uma corte constitucional típica. Muito se discute que esta saída de entregar ao Poder Judiciário o controle da democracia seria uma medida ilegítima e antidemocrática,

---

<sup>14</sup> ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução de Juliana Lemos e Marcelo Brandão Cipolla, 2010, p.181.

pois se estaria confiando a um poder sem representação popular e que não se formou por sufrágio a manutenção da democracia em detrimento do poder formado pelos representantes do povo. Trata-se da crítica à decisão contramajoritária. Nesse sentido, defende Mariano:<sup>15</sup>

9) a conclusão de que o problema não reside propriamente no déficit de legitimidade de origem do judiciário é porque, na medida em que os juízes e tribunais respeitem a autonomia e a primazia dos representantes dos cidadãos para eles próprios interpretarem as normas constitucionais estabelecidas pela soberania popular, como ocorreu no exemplo da ADIN n.º 3.510, a autoridade do legislativo não teria maiores dificuldades de conviver com um poder judiciário com a função de guardião da Constituição. Ademais, é salutar, numa democracia, harmonizar e agregar, e não subtrair órgãos na tutela e cumprimento da Constituição, muito menos o legislativo, que é o verdadeiro poder constituído e o poder político por excelência.

Em que pesem os pontos levantados, a democracia de um Estado não existe pela representação popular do Poder Legislativo, mas sim pelas disposições constitucionais que consagram os elementos substanciais da democracia. Confiar aos legisladores a proteção da democracia é o mesmo que aceitar somente a perspectiva de método, desprezando a substância do regime jurídico. De mais a mais, trata-se de medida extremamente arriscada, haja vista que muitos legisladores são eleitos por processos eleitorais viciados pelo poder econômico além de não necessariamente representar os interesses das minorias. Por fim, a hipótese dos representantes do Poder Judiciário não serem eleitos pelo povo em absoluto quer dizer que se trata de uma instituição não afeita à democracia, para tanto basta que esteja disciplinado num texto constitucional democrático em termos substanciais. Vale dizer, sendo a constituição democrática, todas as suas instituições também o serão, de sorte que nenhuma pode se arrogar desta condição em detrimento das demais, eis que não é simplesmente a regra da maioria na escolha dos membros de um órgão que irá dizer se há democracia, mas sim o respeito à essência democrática oriundo da submissão à liberdade, à igualdade, responsabilidade funcional entre outros aspectos sempre presentes nessa modalidade de Estado. A respeito da preservação da democracia pelo controle de constitucionalidade, escreve Kay:<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do direito e do poder judiciário na democracia brasileira: o restabelecimento da primazia do poder constituinte, do poder legislativo e de um positivismo ético na teoria constitucional**, 2009, p. 162.

<sup>16</sup> KAY, Richard S. Rights, rules and democracy. **Revista Espaço Jurídico: Espaço Jurídico Journal of Law da Universidade Oeste de Santa Catarina**, 2008, p. 157.

Unless we take a moment-to-moment model of democracy, it is hard to resist the argument that some constraints to preserve democracy are appropriate limits even on otherwise democratically impeccable decisions. Once we agree to protect a democratic system “over time”, that is, the intervention of an external guardian is appropriate for the purpose of maintaining things that are essential to preserve that system. But there many kinds of state institutions and procedures that are all consistent with genuine representative government. Therefore, the occasions on which legislation will offend on this basis must be extremely rare. This is even clearer when we recall that such legislation will, by hypothesis, issue from a process that is itself assumed to be democratic in the hands of some of its proponents, however, the reach of the constitutional review supposedly required for the maintenance of democracy is far greater.

Dessa forma, a considerar que os elementos substanciais estão insertos no texto constitucional, este, como norma jurídica, deve ser interpretado pelo Poder Judiciário. É de ver que não se trata de lista fechada a que dispõe das características materiais da democracia que, como foi visto noutro momento, tratam-se de conquistas sociais que beneficiam a todo o povo. Assim, nada impede o seu incremento pelo Poder Legislativo, especialmente pelo Poder Constituinte derivado reformador, mas com a ressalva de que será possível o controle de constitucionalidade deste acréscimo, especificamente para aferir se realmente corresponde a um avanço e não a uma supressão oblíqua de elementos democráticos.

## 6. CONCLUSÃO

A democracia possui aspectos descritivos e prescritivos. Por consequência, a regra da maioria não é um dado determinante da realidade democrática, não obstante possa ser um instrumento a ser utilizado para preservar a democracia. Por ter um aspecto prescritivo, a democracia traça disposições de **dever ser** nas quais serão considerados os elementos substanciais.

Nesse contexto, o Estado democrático deve assegurar direitos fundamentais; deve consagrar o princípio da legalidade; deve prever a alternância periódica do poder entre

outras características que, ao final, destinam-se a preservar o ser-humano de maneira eminentemente universal.

O reconhecimento dos elementos substanciais da democracia oriundos da sua perspectiva prescritiva tem como efeito principal limitar os ímpetus modificativos do Poder Legislativo e das maiorias. Em outros termos, a atividade de atualização jurídica só será válida se não modificar o núcleo material das disposições democráticas. A democracia em nenhum momento pode ser abolida e da mesma forma não pode ser tolerada qualquer hipótese de diminuição de sua abrangência. Na verdade, não é a democracia que é limitada, mas as pretensões antidemocráticas das maiorias.

O melhor instrumento para coibir os arroubos antidemocráticos é a técnica de **controle de constitucionalidade democrático** que, nada mais é, do que a **judicial review** inerente aos Estados que possuem cortes constitucionais ou que fazem as vezes de tais, como o Supremo Tribunal Federal brasileiro, tendo como parâmetro de proteção as disposições constitucionais que consagram as **conquistas** que caracterizam os elementos substanciais da democracia.

É evidente que sempre poderá ser agregado novos elementos ao bloco normativo de disposições democráticas, sem prejuízo de ulterior controle, pois a democracia está em constante progresso, no mesmo ritmo da humanidade. Quanto mais disposições democráticas forem consagradas melhor será para a sociedade. Todas as disposições relacionadas ao Poder do Estado que resguardam o ser-humano em caráter universal promovendo a tolerância, o respeito mútuo e a moralidade, certamente irão contribuir para o desenvolvimento democrático.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. Teoria política da justiça como fundamento ético do estado. **Pensar: Revista de Direito da UNIFOR**, Fortaleza/CE, Edição Especial, p. 152-161, abr. 2007.

BRAGHIROLI, Fernanda. Justiça constitucional: a forma garantidora do estado democrático de direito e sua necessária intervenção na busca da concretização dos direitos fundamentais. **Direito e Democracia: Revista de Ciências Jurídicas da ULBRA**, Canoas/RS, v. 9, n. 1, p. 109-119, jan/jun. 2008.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução de Juliana Lemos e Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FINLEY, Moses I. **Democracia antiga e moderna**. Tradução de Waldéa Barcellos e Sandra Bedran. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HELD, David. **Modelos de democracia**. Tradução de Alexandre Sobreira Martins. Belo Horizonte: Paidéia, 1987.

KAY, Richard S. Rights, rules and democracy. **Revista Espaço Jurídico: Espaço Jurídico Journal of Law da Universidade Oeste de Santa Catarina**, Chapecó/SC, v. 13, n. 3, p. 151-168, Edição especial. 2008.

LECHINI, Gladys; ROMERO, Pedro. What democracy – for what development? **UNISA Latin America Report**, Pretoria/South Africa, v. 22, n. 1,2, p. 62-74, jan/jun. 2008.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do direito e do poder judiciário na democracia brasileira: o restabelecimento da primazia do poder constituinte, do poder legislativo e de um positivismo ético na teoria constitucional**. Fortaleza, Unifor, 2009. 182p. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Fortaleza, 2009.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada: o debate contemporâneo**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994. v. I.

\_\_\_\_\_. **A teoria da democracia revisitada: as questões clássicas**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994. v. II.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo democrático e governo das razões: estudos de direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TELLES JR. Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.